



VICEPRESIDENCIA
PRIMERA DEL GOBIERNO

MINISTERIO
DE HACIENDA

SUBSECRETARÍA

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO CENTRAL
DE RECURSOS CONTRACTUALES

Recurso nº 116/2024 C. Valenciana 25/2024

Resolución nº 366/2024

Sección 2ª

RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO CENTRAL DE RECURSOS CONTRACTUALES

En Madrid, a 14 de marzo de 2024.

VISTO el recurso interpuesto por D. A.V.G.F., en nombre y representación de FCC MEDIOAMBIENTE, S.A.U., contra la resolución del Pleno del ayuntamiento de Cocentaina de 21 de diciembre de 2023, por el que se excluye su oferta y se dispone la declaración de desierto del lote 1 del contrato "*Servicio de recogida de residuos sólidos urbanos, limpieza viaria y red de saneamiento del municipio de Cocentaina*", expediente 1021/2020, este Tribunal, en sesión del día de la fecha, ha adoptado la siguiente resolución:

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero. El 2 de noviembre de 2020, se publicó en la Plataforma de Contratación del Sector Público Estatal la licitación del "*Servicio de recogida de residuos sólidos urbanos, limpieza viaria y red de saneamiento del municipio de Cocentaina*". Al día siguiente se publicó anuncio en el DOUE.

El valor estimado es de 9.506.295,48 euros.

Segundo. Presentaron ofertas al lote 1, las empresas FOMENTO BENICASIM, S.A. (en adelante FOBESA) y FCC MEDIO AMBIENTE, S.A.U. (en adelante FCC).

Tercero. Tramitado el expediente de contratación, el pleno del Ayuntamiento, acordó, en sesión de 25 de febrero de 2021, la adjudicación del lote nº 1 a FOBESA.

Cuarto. FCC presentó recurso especial en materia de contratación contra dicho acuerdo. Este Tribunal, en resolución nº 1097/2021, estimó dicho recurso, retrotrayendo el procedimiento para, con exclusión de la oferta de la adjudicataria, se proceda a realizar, una nueva propuesta de adjudicación.



Quinto. En ejecución de la citada resolución, la mesa de contratación se reunió el 20 de septiembre de 2021 y acordó trasladar a la Comisión Técnica de Valoración la resolución de este Tribunal. Este órgano emite informe el 18 de octubre de 2021, que señala que

“Vista la Resolución del TARC, la oferta presentada por FOBESA debe ser excluida al no cumplir la frecuencia establecida en el apartado 2.3 del pliego de prescripciones técnicas.

Por todo lo expuesto, y a juicio de los técnicos que suscriben, se proponen las siguientes consideraciones:

Primero.- Excluir la oferta presentada por FOBESA por la consideración expuesta.

Segundo.- Excluir a FCC por NO cumplir las siguientes condiciones establecidas en el pliego de prescripciones técnicas”.

Detallando el incumplimiento en la insuficiencia del personal directo ofrecido y en la contenerización de la fracción orgánica en la zona propuesta para la recogida puerta a puerta.

Sexto. El mismo 18 de octubre de 2021, la Alcaldesa dicta providencia solicitando informe al Departamento de Contratación y a la Secretaría General al objeto de valorar la procedencia de la revisión de oficio y la posible nulidad de pleno derecho del acuerdo de adjudicación del lote 1 del contrato. La mesa de contratación, en sesión de 20 de octubre de 2021, indica que *“ninguna de las ofertas presentadas cumplen los requisitos mínimos o características requeridas por el PPT, por lo que se propone al órgano de contratación revisar el acuerdo de 28/01/2021 por el cual se acordaba aceptar la propuesta de adjudicación formulada por la Mesa en fecha 18/01/2021 y que se ha declarado errónea en la presente sesión al analizar de nuevo las ofertas”.*

La Técnico de Administración General de Contratación emite informe el 19 de octubre de 2021, que concluye que *“la única posibilidad para permitir a la administración volver sobre sus propios actos es proceder a declarar la revisión de oficio con retroacción de actuaciones al momento de la valoración de ofertas”.*

El 26 de octubre de 2021, el pleno del Ayuntamiento acordó iniciar el procedimiento de revisión de oficio del acto de adjudicación del lote 1, por estar incurso en la causa de nulidad que afecta a los actos contrarios al ordenamiento jurídico por los que se adquieren facultades o derechos cuando se carezca de los requisitos esenciales para su adquisición.



FCC formuló alegaciones solicitando el archivo del expediente de revisión de oficio.

El 23 de diciembre de 2021, el pleno del Ayuntamiento acordó solicitar al Consell Jurídic Consultiu de la Comunitat Valenciana dictamen, en relación con la revisión de oficio. Este órgano emitió informe favorable a la revisión de oficio indicando que

“Si bien no consta en las actuaciones el texto del pliego de prescripciones técnicas ni la documentación que en su día formuló la empresa licitante y ahora interesada en este procedimiento de revisión de oficio, este informe favorable se anuda a la verosimilitud de los presupuestos fácticos tenidos en cuenta por todos los órganos municipales preinformantes y, en especial, los expuestos por la Mesa de Contratación, el Arquitecto Técnico, el Ingeniero Técnico Industrial, el Agente de Empleo y Desarrollo Local, la técnico de Administración General del servicio de contratación y la titular de la Secretaría municipal, todos ellos órganos o empleados municipales, en sus respectivos informes, notas o acuerdos”.

El 19 de mayo de 2022, el pleno del Ayuntamiento acordó *“Declarar la nulidad de pleno derecho del acto de clasificación adoptado mediante acuerdo de fecha 28 de enero de 2020, (parece que se refiere a 2021) por causa de nulidad del artículo 47.1.f) de la LPAC y acordar la retroacción del procedimiento al momento anterior a dicho acto”.*

Séptimo. Disconforme con esta resolución, FCC presentó recurso especial en materia de contratación. Dicho recurso fue inadmitido por este Tribunal, en resolución nº 986/2022, porque el acto recurrido no decide directa o indirectamente sobre la adjudicación; lo impugnado era un acto de trámite no cualificado, en la medida en que no acuerda la admisión o inadmisión de candidatos o licitadores, ni determina la imposibilidad de continuar el procedimiento, ni produce al recurrente indefensión ni perjuicios irreparables a derechos o intereses legítimos.

Octavo. Tras la resolución, la mesa de contratación acordó solicitar un informe jurídico externo para valorar la situación del expediente y qué decisiones tomar. Una vez recibido éste y con base en informes técnicos anteriores, propone la exclusión de la oferta de FCC. De conformidad con dicha propuesta, por acuerdo de 21 de diciembre de 2023, el Pleno del Ayuntamiento acordó excluir a FCC del lote nº 1 del procedimiento de licitación, así como declarar desierta la misma.



Frente a esta resolución, FCC presenta recurso especial en materia de contratación. El órgano de contratación ha formulado informe oponiéndose a su estimación.

Noveno. Con fecha 2 de febrero de 2024, se ha dado traslado del recurso al otro interesado, a fin de que en el plazo de cinco días hábiles formularan las alegaciones que tuvieran por conveniente, no habiendo ejercitado éste derecho.

Décimo. La Secretaría del Tribunal, por delegación de éste, dictó resolución de 8 de febrero de 2024, resolvió denegar la suspensión del procedimiento de contratación, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 49 y 56 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se trasponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014 (en adelante, LCSP), porque el análisis de los motivos que fundamentan la interposición del recurso, pone de manifiesto que éste se interpone contra un procedimiento ya finalizado y que, por tanto, no puede suspenderse.

Undécimo. En la tramitación de este recurso, se han observado todos los trámites legal y reglamentariamente establecidos, esto es, lo prescrito por la LCSP y por el Real Decreto 814/2015, de 11 de septiembre, por el que se prueba el Reglamento de los procedimientos especiales de revisión en materia contractual y de organización del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero. El presente recurso se interpone ante este Tribunal, que es competente para resolverlo de conformidad con lo dispuesto en el artículo 46.4 de la LCSP y el convenio entre el Ministerio de Hacienda y la Generalitat Valenciana sobre atribución de competencia de recursos contractuales de fecha 25 de mayo de 2021 (BOE de 2 de junio de 2021).

Segundo. Con respecto al requisito de legitimación, es claro que el recurrente lo cumple al amparo de lo dispuesto en el artículo 48 LCSP, al impugnar la exclusión de su oferta que, en otro caso, hubiera resultado adjudicataria.

Tercero. El recurso se dirige contra un acto susceptible de impugnación, la exclusión, pues es un acto de trámite cualificado expresamente contemplado en el artículo 44.2 b) LCSP. Por otra parte, dicho acto se ha dictado en el marco de un contrato de servicios cuyo valor estimado supera los cien mil euros (artículo 44.1 a) LCSP).



Cuarto. El recurso ha sido interpuesto en plazo, de conformidad con lo previsto en el artículo 50 LCSP.

Quinto. Previamente a entrar en el análisis de los motivos del recurso, hay que precisar que la recurrente impugna la resolución del Pleno del ayuntamiento de Cocentaina de 21 de diciembre de 2023, por el que se excluye su oferta y se dispone la declaración de desierto, pero realmente el recurso se centra única y exclusivamente a la impugnación de su exclusión, no dedicando ningún motivo de oposición a la declaración de desierto, aunque es obvio que de estimarse la impugnación de exclusión, ello obligaría a la readmisión de su proposición y la declaración de desierto decaería automáticamente.

La empresa recurrente aborda separadamente los incumplimientos que la resolución del órgano de contratación imputa a su oferta.

En cuanto al incumplimiento del número mínimo de trabajadores, reproduce lo fijado en la cláusula 5.4.1 del pliego de prescripciones técnicas particulares (en adelante, PPT) que establece, respecto del personal directo que debe disponerse al menos de 3 educadores ambientales a jornada completa. También se incluye una tabla con el personal mínimo para los diferentes servicios y su dedicación. En cuanto al personal indirecto, la cláusula 5.4.2 del mismo pliego, exige que los licitadores adscriban un encargado a tiempo parcial durante todo el contrato.

Afirma que el número mínimo de personal se obtiene sumando los porcentajes de personal establecidos en la tabla por el número de trabajadores, resultando que el personal mínimo necesario es de 11,64 personas, sin incluir al encargado. Si se incluye a éste, el resultado sería 12,14 personas, si bien el PPT no exige que la dedicación del encargado sea del 50%, sino sólo que sea a tiempo parcial.

El informe inicial de valoración de las ofertas, señaló que *la propuesta de la plantilla de personal fijo empleado es inferior a lo establecido en el PPTP, presentando 11,30 frente a los 12,13 de personal mínimo que exige el pliego.*

Posteriormente, en los informes técnicos de 2 y 3 de diciembre de 2021 y en el de 17 de marzo de 2022, se dice que el personal directo ofrecido por FCC es de 10,33, que sumando el 0,5 del puesto de encargado hacen un total de 10,83 puestos de trabajo.



Respecto de esta conclusión, la recurrente manifiesta que incurre en un error, que es considerar que las jornadas anuales son 298, cuando, en realidad, son 264. Para llegar a este cálculo, considera las jornadas efectivas que ha de ejecutar la plantilla ofertada que son 3.077 anuales (dato que reconoce el informe municipal). El error, a su juicio, se produce porque los técnicos municipales no han restado los días de vacaciones, ni los de asuntos propios, ni se ha tenido en cuenta un porcentaje de absentismo. Lo que ha hecho FCC es incluir en su oferta un cálculo de las jornadas realmente trabajadas en una anualidad por un trabajador del centro de trabajo, que son 264, tal y como se incluye en el cuadro de la oferta.

De hecho, el PPT, en su página 71, prevé que: *“adicionalmente a la plantilla indicada los licitadores tendrán en cuenta las posibles eventualidades (trabajos urgentes, bajas por enfermedad o accidente, vacaciones, absentismo, etc.). Las sustituciones se producirán de forma inmediata de manera que la plantilla esté disponible al 100% para la prestación del servicio en todas y cada una de las jornadas laborales”*. De este inciso resulta, según su criterio; que todas las ausencias que se produzcan en cada puesto de trabajo, debe cubrirse, lo que cae dentro del proceso de ejecución del contrato y no supone un incumplimiento del pliego por parte de la oferta del licitador. No se discute que durante el período de vacaciones de cada trabajador debe seguir prestándose el servicio con normalidad, pero eso no quiere decir que deban computarse como jornadas ejecutadas en cada puesto de trabajo las vacaciones.

Considera llamativo que en el anexo al PPT, donde se realiza el estudio de viabilidad para el servicio, en su página 3, se incluye un cuadro realizado por los servicios técnicos donde se separa el concepto de vacaciones y absentismo del personal, mientras que en los informes que pretenden la exclusión de la oferta de FCC, computan esos conceptos conjuntamente con el resto de la jornada efectiva.

Por lo que hace referencia al otro incumplimiento imputado, sobre la contenerización de la zona de recogida de puerta a puerta, el informe original recogía que la oferta propone la creación de 11 puntos de emergencia. Si bien lo considera una mejora, va en contra de los objetivos del pliego, puesto que se reduce la eficiencia en la recogida de puerta a puerta. El informe emitido para justificar la revisión de oficio, afirma que con lo ofertado, el PPT no se cumplirá o se verá alterado. Lo que redundará en una menor necesidad de personal para

dicho servicio, siendo inviable la recogida puerta a puerta con el personal asignado sin la colocación de los contenedores no previstos en el pliego.

Alega la recurrente que lo que propone no es sustituir la recogida puerta a puerta por un servicio de recogida con contenedores, para así reducir el personal necesario. En su oferta se manifiesta la voluntad de realizar el servicio de puerta a puerta conforme exige el pliego. Lo que se ha hecho, como reconoce el informe de valoración original, es una mejora con once puntos de emergencia, sin eliminar la recogida puerta a puerta. Los contenedores permitirán a los vecinos depositar residuos en momentos puntuales y de emergencia, sin tener que hacerlo en mitad de la calzada y sin posibilidad de ser recogidos inmediatamente por el servicio puerta a puerta. En base a la experiencia de FCC en otros municipios, se ha comprobado que, implantado el sistema de recogida de puerta a puerta, es necesario ubicar algún punto de recogida de emergencia que evite los depósitos incontrolados de residuos por parte de los vecinos. Considera que se trata de una simple mejora que no altera el sistema de recogida de puerta a puerta. Como tal mejora puede no ser puntuada si no se considera de interés por el órgano de contratación, pero no puede derivarse de la misma una exclusión por incumplimiento del pliego.

Por otra parte, defiende que la oferta presentada incluye como personal para el servicio de recogida puerta a puerta, un conductor, un peón con plus de maquinaria (peón especialista) y un peón, es decir, dos operarios y un conductor, lo que exige el pliego.

También discute la afirmación de que se han previsto más zonas de emergencia de las 11 ofrecidas. Dice que se puede comprobar en el plano que se han ubicado únicamente 11 zonas de emergencia en el área de recogida puerta a puerta y el resto de puntos de contenerización se encuentran todos ellos en el límite de la zona de recogida de carga lateral. La situación se produce porque el pliego no delimita zonas por calles sino mediante un plano que establece ejes delimitadores.

La última causa de exclusión es que FCC no prestaría el servicio de recogida de papel y cartón los domingos en la zona de recogida de puerta a puerta. En concreto, no cumple, dice el último informe técnico, con la dedicación de tres operarios, pues según la tabla de la página 44 de la oferta el peón con plus de maquinaria sólo presta servicio de lunes a sábado.

Dice FCC que en la tabla citada aparece el peón que maneja el vehículo todos los días por la noche menos el domingo. Pero alega que en ningún lugar del PPT se indica que el peón de recogida de papel y cartón deba trabajar ese día. Únicamente, el informe de 2 y 3 de diciembre de 2023, hace referencia al PPT, apoyado por el plan de viabilidad. Lo que reconoce que no está previsto en el pliego.

En concreto, en el apartado 2.3 de éste, la periodicidad es de 2 días por semana y FCC ha ofertado 3 días por semana por un trabajador a tiempo completo. Por su parte, el plan de viabilidad no marca ninguna frecuencia de recogida, ni para el lote nº 1 se habla de trabajos en domingos ni en ningún otro día. Tampoco en el equipo de trabajo, que indica respecto del que aquí afecta, nº 3, que está compuesto por un conductor y dos peones. Serán responsables de la recogida de todas las fracciones del casco antiguo, diseminados, urbanizaciones y polígonos industriales.

Una vez analizadas las causas de exclusión de la oferta, FCC alega que, de acuerdo con la doctrina de este Tribunal, no todos los incumplimientos del pliego de una oferta son susceptibles de justificar su exclusión.

El Ayuntamiento sostiene que si la oferta del otro licitador fue excluida por incumplimientos del pliego, el mismo criterio debe aplicarse a la oferta de FCC. Ésta indica que, de todos los incumplimientos que le fueron imputados al otro licitador, sólo uno, el de frecuencia de recogida fue considerado suficiente para su exclusión. Considera que, de acuerdo con la doctrina citadas los incumplimientos de su oferta deberían ser expresos y claros para excluirla.

Dejando de lado que, de acuerdo con sus alegaciones, los incumplimientos no se han producido, de haberlos, manifiesta la recurrente en su recurso que no tendrían entidad suficiente para excluir su oferta. Los supuestos incumplimientos derivan de la aplicación de criterios no recogidos expresamente en los pliegos y que inciden sobre cuestiones no esenciales del servicio, a diferencia de lo que ocurría con el otro licitador.

La exclusión comportaría la vulneración de un principio rector de la contratación pública, como el de libre concurrencia y de un principio general del Derecho como es el de proporcionalidad. De existir los incumplimientos, éstos afectarían a la fase de ejecución del contrato y no pueden fundamentar la exclusión de la oferta de un licitador

Sexto. El órgano de contratación, en su oposición al recurso, recoge lo manifestado en anteriores informes. Los técnicos se remiten a uno emitido el 17 de marzo de 2021 en el que sostenían que, para el cálculo de personal, el pliego establece: *adicionalmente a la plantilla indicada los licitadores tendrán en cuenta las posibles eventualidades (trabajos urgentes, bajas por enfermedad o accidente, vacaciones, absentismo, etc...).* Las sustituciones se producirán de manera inmediata, de manera que la plantilla esté disponible al 100% para la prestación del servicio en todas y cada una de las jornadas laborales. Por lo tanto, para el cálculo deben considerarse 298 jornadas al año. La estimación hecha por FCC es errónea, al excluirse vacaciones y absentismo.

Añade en el informe al recurso que, de aplicarse los cálculos propuestos por la recurrente, nunca existirá el número de trabajadores que se recoge en la tabla del pliego, en el día a día de la prestación del servicio. FCC pretende utilizar los trabajadores que cubren ausencias por vacaciones y absentismo, para incrementar el número mínimo de trabajadores necesarios para cada servicio. El incremento de personal que propone FCC está computado como incremento del coste del servicio de los trabajadores (según el estudio de viabilidad) para cubrir las ausencias por vacaciones, absentismo, etc. y no para ser computado como personal mínimo establecido en el pliego.

En cuanto la contenerización de la zona de recogida de puerta a puerta, la recogida de la fracción orgánica, según la cláusula 2.9.2 del PPT, supone uno de los principales retos del presente contrato. Se deben destinar los medios que sean necesarios (equipos, medios mecánicos, materiales y humanos) que se precisen para la ejecución del servicio que se prestará en horario nocturno (a partir de las 22:00 horas) en las zonas donde se recoja puerta a puerta.

Considera el informe técnico que las 11 áreas de emergencia que se proponen como mejora, a implantar en la zona de recogida puerta a puerta desvirtúan dicho servicio, ya que los vecinos tendrán la comodidad de utilizarlos, eludiendo la recogida puerta a puerta.

También, revisada la documentación gráfica (planos), se observa que, a parte de las 11 áreas de emergencia, existen dispuestas muchas más áreas. Concluye de todo ello, que el criterio que mantiene FCC de que las áreas de emergencia se utilicen únicamente en momentos puntuales y de emergencia, para dar servicio a la población estacional y de fin de semana como complemento a esta recogida puerta a puerta, elude lo establecido en el

PPT, pues como se ha comprobado en la documentación gráfica se implantan muchas más áreas dentro de la zonificación de puerta a puerta, siendo el principal reto del presente contrato la recogida de los residuos puerta a puerta y, por lo tanto, la eliminación de los contenedores en dicha zona.

En cuanto al personal dedicado a este servicio, considera que FCC, según la tabla 1.5 de la página 44 de su oferta, destina un conductor y un peón con una frecuencia de lunes a domingo y festivos y para la fracción envases y papel-cartón destina un peón especializado que sólo presta servicio de lunes a sábado.

Además del informe técnico cuyo contenido acabamos de exponer, el órgano de contratación recoge el informe realizado por la secretaría del Ayuntamiento que hace un extenso repaso de los antecedentes de hecho, legislación aplicable, particularidades de la regulación del recurso especial en materia de contratación, contratos objeto de recurso, actos impugnables por esta vía, órgano competente para resolverlo, legitimación, procedimiento de tramitación, medidas provisionales y la revisión de oficio de los actos administrativos. En el mismo, se aceptan los informes jurídicos emitidos tanto por la Técnico de Administración General de Contratación y Patrimonio, como por la anterior Secretaria Municipal respecto de la revisión de oficio del acuerdo y se acepta el contenido del informe del Consell Jurídic de la Comunitat Valenciana.

Señala que, de acuerdo con lo establecido en el artículo 139 de la LCSP, las proposiciones de los interesados deberán ajustarse a los pliegos y a la documentación que rige la licitación. Cita una resolución de este Tribunal que afirma que una cosa es que las condiciones que afectan exclusivamente a la ejecución del contrato sólo puedan exigirse al adjudicatario del mismo en el momento preciso de la ejecución y otra bien distinta es que sean admisibles las ofertas en las que la propia descripción técnica no se ajuste a las características requeridas en el PPT. En este último caso, sí cabe la exclusión del licitador que es lo que se ha hecho en este caso.

Dice que la resolución nº 373/2016, se pronuncia claramente al respecto de la exclusión de la oferta al no cumplir el mínimo establecido en el PPT.

Este criterio se ve confirmado por otras resoluciones de este Tribunal que cita el informe jurídico externo solicitado.



Séptimo. Antes de analizar por separado cada uno de los incumplimientos que la resolución de exclusión considera que tiene la oferta de FCC, hemos de recordar la doctrina reiterada de este Tribunal sobre esta cuestión que es mencionada tanto por la recurrente como el órgano de contratación:

Así en la resolución 1152/2021, de 9 de septiembre, que citaba otras muchas, indicamos que *para que proceda la exclusión del licitador, el incumplimiento del pliego de prescripciones técnicas por la descripción técnica contenida en la oferta ha de ser expreso y claro.*

Añadiendo que el artículo 139 de la vigente LCSP, dispone que las proposiciones de los interesados deben ajustarse a lo previsto en el pliego y que su presentación supone la aceptación incondicionada por el empresario del contenido de la totalidad de las cláusulas o condiciones sin salvedad o reserva alguna, por lo que establece la presunción en favor de los licitadores de que sus proposiciones se ajustan a los pliegos que rigen la licitación. (...)

Solo cuando el incumplimiento que se denuncia sea expreso, de modo que no quepa duda alguna que la oferta es incongruente o se opone abiertamente a las prescripciones técnicas contenidas en el pliego, procede la exclusión.

De otro lado el incumplimiento ha de ser claro, es decir, referirse a elementos objetivos, perfectamente definidos en el pliego de prescripciones técnicas, y deducirse con facilidad de la oferta, sin ningún género de dudas, la imposibilidad de cumplir con los compromisos exigidos en los pliegos. Así no es admisible motivar el incumplimiento acudiendo bien a razonamientos técnicos más o menos complejos fundados en valoraciones subjetivas, bien a juicios técnicos o de valor relativos a la capacidad o aptitud de los licitadores para cumplir lo ofertado. (...)

Debe recordarse que, como tiene establecido este Tribunal en reiterada doctrina, solo es posible excluir una oferta de una licitadora por incumplimiento del PPT cuando la misma oferta sea abiertamente contraria a los requerimientos del PPT.

Así, se recoge en la Resolución 1205/2018: ‘También se ha dicho (resolución 560/2015, de 12 de junio) que el cumplimiento de los requisitos técnicos exigidos en el pliego de prescripciones técnicas no puede ser, en principio, causa de exclusión del licitador, pues

tales prescripciones deben ser verificadas en fase de ejecución del contrato y no puede presuponerse ab initio que dicho incumplimiento se vaya a producir, salvo que de las especificaciones de la propia oferta quepa concluir, sin género de dudas, que efectivamente se va a producir tal incumplimiento'. "De la documentación remitida a este Tribunal no cabe deducir que la oferta del adjudicatario incumpla los requisitos técnicos exigidos, sin perjuicio de que, en fase de ejecución del contrato, las prescripciones ofertadas hayan de ser verificadas por el órgano de contratación. (...).

Octavo. De acuerdo con la doctrina que acabamos de exponer, es necesario determinar si los incumplimientos denunciados reúnen las condiciones suficientes para dar lugar a la exclusión de la oferta.

El primero de ellos hace referencia al número mínimo de trabajadores. Si se analizan los argumentos de ambas partes, nos encontramos con que existe un diferente modo de computar las jornadas. Mientras que la recurrente considera que dentro de las mismas no deben incluirse las correspondientes a vacaciones, permisos, bajas o absentismo, el órgano de contratación considera lo contrario.

La cuestión sería relevante, si del contenido de la oferta resultara que con la plantilla ofrecida no pueden cumplirse los servicios requeridos. Pero no es esto lo que sucede. En primer lugar, en el punto 2.1.3 de la oferta de FCC se indica que

Para garantizar que se cubran todos los puestos de trabajo en ejecución directa y que el servicio se lleve a efecto según la programación establecida, hay que dimensionar la plantilla necesaria considerando las ausencias previstas del personal, tales como vacaciones y libranzas, y otras no previstas, que dependen de las circunstancias específicas de cada trabajador, como es el absentismo laboral por enfermedad, accidente u otras causas justificadas o sin justificar.

Inicialmente, antes de determinar las jornadas anuales que representan cada tipo de ausencia, se define el número de jornadas anuales de trabajo que corresponden a cada trabajador contratado a tiempo completo, de manera que posteriormente se pueda calcular el peso que posee cada tipo de ausencia sobre el cómputo total de jornadas teóricas a trabajar.

Posteriormente en la página 57 de la oferta se recoge una fórmula que divide por 298 el número de jornadas ofertadas, coincidiendo este número con el cálculo del órgano de contratación. Esta cifra se recoge en el cuadro que se contiene en la página 52 al referirse a jornadas trabajadas. Por tanto, sea como sea el cálculo en la oferta de las horas que ha de trabajar cada empleado, existe voluntad de la empresa de prestar el servicio tal y como aparece definido en los pliegos, cubriendo las bajas que se produzcan como consecuencia de vacaciones, festivos, accidente, enfermedad o absentismo.

El tratamiento diferenciado de la plantilla ordinaria y de los trabajadores contratados para cubrir las bajas como consecuencia de las circunstancias indicadas, también parece ser el criterio del pliego, pues tras recoger en la página 71 del PPT el cuadro con la plantilla mínima se dice que *Adicionalmente a la plantilla indicada los licitadores tendrán en cuenta las posibles eventualidades (trabajos urgentes, bajas por enfermedad o accidente, vacaciones, absentismo, etc.). Las sustituciones se producirán de forma inmediata de manera que la plantilla esté disponible al 100% para la prestación del servicio en todas y cada una de las jornadas laborales*. El término “adicional”, en el Diccionario de la Real Academia, significa que suma o añade algo. Por tanto, dichos trabajadores son contemplados además de la plantilla mínima. Por otra parte, tal y como indica la recurrente, en el estudio de viabilidad del servicio recogido a continuación del PPT, en su página 3, dentro de los costes de personal, se recogen separadamente los relativos a la plantilla mínima y los que se refieren a absentismo y vacaciones.

Cabe concluir que la diferencia en el cómputo de plantilla entre el licitador y el órgano de contratación no supone que aquel haya determinado un número de trabajadores que desatienda las bajas. La no cobertura de dichas bajas durante la ejecución de los trabajos dará lugar a las consecuencias previstas en el pliego, pero no cabe excluir la oferta en este momento.

Noveno. El segundo incumplimiento se refiere el órgano de contratación a que en la zona de recogida puerta a puerta se ha ofrecido una contenerización de la fracción orgánica. Con ello, dice, se desvirtúa la finalidad del pliego que era implantar muchas más zonas de recogida puerta a puerta y la eliminación en las mismas de contenedores. A ello se añade que el número de contenedores que recoge la recurrente son, en realidad muchos más. Y, adicionalmente, imputa a la oferta de la recurrente que se destina menos personal a la

recogida puerta a puerta, de manera que sin los contenedores es inviable el cumplimiento del servicio.

En relación con la instalación de contenedores, la oferta de FCC indica en su página 42 que *En esta zona, como mejora y para aportar viabilidad técnica al proyecto, se han mantenido alguna de las ubicaciones como “Áreas de emergencia” para dar servicio a la población estacional y de fin de semana como complemento a esta recogida puerta a puerta. En concreto se han ubicado 11 áreas de emergencia.*

Es decir, se ofrecen como mejora, no como sustitución del sistema de recogida de puerta a puerta. En la oferta se dice (página 81) que *Este servicio* (se refiere al de recogida puerta a puerta de la fracción resto y orgánica domiciliaria) *comprende la recogida de los cubos de 10 y 20 litros (2.000 Ud.) de la fracción orgánica que se entregarán en las viviendas existentes en el ámbito definido en el pliego como zona a implantar la recogida puerta a puerta.*

Como tal mejora, puede no ser puntuada como positiva en la evaluación técnica e incluso, pedir a la empresa que no los instale por el efecto desincentivador que podría tener para la implantación del sistema de recogida de puerta a puerta. Pero, en los términos que está redactada la oferta, no supone una variante, no admitida por el pliego, sino de una simple mejora. Y esta conclusión no cambia por el hecho de que, en vez de 11 áreas de colocación de contenedores, éstas sean más.

Cuestión distinta es si la inclusión de la mejora lleva aparejada una reducción de personal respecto del mínimo exigido en el pliego para el sistema de recogida establecido. Así en el informe técnico se considera que en el PPT, apoyado en el plan de viabilidad se recoge un equipo de trabajo nº 3 formado por conductor y dos peones, siendo los responsables de la recogida de todas las fracciones del casco antiguo, diseminados, urbanizaciones y polígonos industriales. Añade que la oferta de FCC destina un conductor y un peón con una frecuencia de lunes a domingos y festivos y para la fracción envases y papel-cartón destina un peón especializado que sólo presta servicios de lunes a sábado. Lo cual, a juicio del órgano de contratación supone que no se cumple con la exigencia de dedicar tres operarios en domingos y festivos.

El número fijado aparece en el estudio de viabilidad anexo al PPT. La recurrente trata de justificar la falta de presencia de uno de los dos peones, en la frecuencia de recogida de la fracción papel-cartón que es sólo de dos días por semana.

Pero la dimensión del equipo no está relacionada con la frecuencia de recogida de una de las fracciones. En el estudio de viabilidad se indica que *las principales diferencias con respecto a la actual recogida que se han introducido: 1) Aumento del personal para cubrir la nueva ruta de recogida de la nueva fracción de orgánica.*

Y esta fracción orgánica, junto con resto debe recogerse todos los días de la semana. El estudio de viabilidad señala, como hemos visto que el equipo de conductor y dos peones es el encargado de la recogida de todas las fracciones, no distinguiéndose entre cometidos de los dos peones que pudiera justificar la ausencia de uno, cuando no se procediera a la recogida de papel-cartón.

A diferencia de los incumplimientos anteriores en los que no se apreciaba la existencia de un incumplimiento, aquí sí que se aparta la oferta del contenido mínimo del pliego, bastando que se produzca uno solo de los incumplimientos del PPT para que y proceda la exclusión.

Por todo lo anterior,

VISTOS los preceptos legales de aplicación,

ESTE TRIBUNAL, en sesión celebrada en el día de la fecha **ACUERDA**:

Primero. Desestimar el recurso interpuesto por el recurso interpuesto por D. A.V.G.F., en nombre y representación de FCC MEDIOAMBIENTE, S.A.U., contra la resolución de exclusión del lote 1 del contrato “*Servicio de recogida de residuos sólidos urbanos, limpieza viaria y red de saneamiento del municipio de Cocentaina*”, confirmando la legalidad del acuerdo impugnado.

Segundo. Declarar que no se aprecia la concurrencia de mala fe o temeridad en la interposición del recurso, de acuerdo con lo previsto en el artículo 58.2 LCSP.

Esta resolución es definitiva en la vía administrativa y contra la misma cabe interponer recurso contencioso-administrativo ante la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana, en el plazo dos meses, a contar



desde el día siguiente a la recepción de esta notificación, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 10.1, letra k) y 46.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa.

LA PRESIDENTA

LAS VOCALES